

许可执行之诉研究

学校编码: 10384  
学号: X2003080058

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_  
UDC\_\_\_\_\_

厦门大学

硕士学位论文

许可执行之诉研究

——以执行力争议诉讼化解机制为中心

Study on Litigation of Permission of Execution

——Focusing on the Actionable System of  
Settling Dispute of Execution Force

黄奕新

黄奕新

指导教师:  
齐树洁教授

指导教师姓名: 齐树洁 教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2006 年 11 月

论文答辩时间: 2006 年 月

学位授予日期: 2006 年 月

厦门大学

答辩委员会主席:\_\_\_\_\_

评阅人:\_\_\_\_\_

2006 年 11 月

# 厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。  
本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版,有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅,有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索,有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

1、保密 (    ), 在            年解密后适用本授权书。

(请在以上相应括号内打“√”)

导师签名: 日期: 年 月 日

## 内 容 摘 要

判决是否有执行力，执行力是否受有限制，执行力是否扩张于诉讼当事人以外之人，这是强制执行的前提。大陆法系素有许可执行之诉。我国缺乏这一制度，实务采取执行裁定的方法，存在严重的“非讼化”弊端。本文以诉讼化解决机制为中心，探讨我国的许可执行之诉，共分为四章。

第一章论述许可执行之诉的基础。先从现行立法的缺陷和司法实践的弊端，阐述客观必要性；再从民事诉讼机理和判决效力的局限性，论证理论依据。许可之诉，与其说是对执行的救济，不如说是对诉讼的救济。

第二章阐述大陆法系的立法例。择取德国、日本及我国台湾地区的立法例，进行比较研究，得出四点借鉴意义：正当程序救济、审执分立原则、区分程序救济与实体救济、方便执行原则。

第三章提出我国许可执行之诉的构想。(1)内涵：区别于请求权异议之诉、标的物异议之诉、代位权之诉、撤销权之诉和侵害债权之诉等；讨论本诉之标的，认为本诉既判力范围得包括作为争议原因的实体关系。(2)体系：包括执行力限制和扩张，而执行力一般要件则采程序上的救济方法。详细论述执行力扩张的各种情形，如实体当事人、继受人、诉讼标的物占有人、程序当事人等。(3)程序：执行法院专属管辖，民事庭承办；诉前执行法院的程序审查；诉讼当事人；起诉要件；不停止执行及暂时命令，等。

第四章对变更和追加规定稿进行商榷。实践中追加法人解散后的清算人、出资不实或者抽逃出资的股东、无偿占有或接收财产的第三人、债务人新设立企业、配偶、判定次债务人等，虽有利于债权人，但很多情形本应通过他种诉讼解决，不应一律视为执行力扩张。

**关 键 词：**强制执行；许可执行；执行力扩张

厦门大学博硕士论文摘要库

## ABSTRACT

It's the premise of compulsory execution that whether the judgment has the execution force, the execution force is restricted, and the execution force is expanded to a third party. The continental law system usually refers to the litigation of permission of execution, which is absent in our country. However, we resort to the approach of the written orders of execution in practice, which is of great disadvantage of non-litigation. The article studies the litigation of permission of execution in our country, and focuses on the actionable system of settling dispute.

Chapter one: Basis of Litigation of Permission of Execution. First, it expounds the current flaw in both the legislation and the judicial practice, concluding that the litigation is indispensable. And then it demonstrates the theoretical basis through analyzing the mechanism of civil procedure and the limitation of judgment effect. The litigation would be rather the relief for litigation than the relief for execution.

Chapter two: Legislation Model of the Continental Law System. Through discussing and comparing the different legislation models of German, Japan and Taiwan region of China, we put forward four referential principles: the relief of due procedure, the separation between trial and execution, the distinction between procedural relief and substantive relief, and executing conveniently.

Chapter three: Suggestions of Litigation of Permission of Execution in Our Country. (1)Connotation: First, it is different from the litigation of objection to claim, of objection to object, of subrogation, of revocation, of creditor torts and so on. And then discussing the object of the action, we conclude that the judicial authority spectrum of this litigation shall involve the substantive relationship, which is referred to as cause of dispute. (2)System: the litigation shall settle two disputes just on limitation and expansion of execution force , while the one on general essence only resort to the procedural relief. Some different situations of expansion, such as substantive parties, successors, objects possessor, and procedural parties, are discussed in details. (3)Procedure: exclusive jurisdiction of execution court, and undertaking of civil division of it; procedural examination of execution court before lawsuit; litigant parties; terms to bring an action; execution without hindering, and

temporary injunction.

Chapter four: Discussion on the Draft of the Judicial Interpretation about Alteration and Superaddition. In practice, it favors the creditor to superadd liquidator after disincorporating, shareholder who contributes disloyally or embezzles fund, the third party who possesses or accepts property without compensation, the enterprise newly founded by the debtor, the spouse, and the judgment hypo-debtor and so on, as debtors subject to execution. However, most of these problems should resort to other litigations, not all be regarded as the expansion of execution force.

**Key words:** Permission of Execution; Expansion of Execution Force; Litigation

## 缩略语表

民诉法：《中华人民共和国民事诉讼法》(1991 年)(文中载“民诉法 140(1)①”者，指该法第 140 第一款第一项，下同)

民诉法意见：最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(1992)

执行若干规定：最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》(1998)

中执草：最高人民法院《中国民事强制执行法草案(第四稿)》(2003 年 7 月 10 日)。文本见：黄松有,主编.强制执行法起草与论证(第二册)[C].北京:中国人民公安大学出版社,2004.

变更规定稿：最高人民法院《关于变更和追加执行当事人的若干规定(征求意见稿)》(2004 年 7 月 16 日)。文本见：中国法院网，<http://www.chinacourt.org,2004-07-16>.

台民：台湾地区《民法》(2002 年修正)

台民诉：台湾地区《民事诉讼法》(2000 年修正)

台强执：台湾地区《强制执行法》(2000 年修正)

德民：德国《民法典》(2002 年)。译文参见：德国民法典[Z].陈卫佐译注,北京:法律出版社,2004.

德民诉：德国《民事诉讼法》(第八编强制执行程序)(1990 年)。译文参见：德国民事诉讼法(第八编强制执行程序)[Z].刘汉富,主编.国际强制执行法律汇编[Z].北京:法律出版社,2000.

日民：日本《民法》(2004 年)。译文参见：最新日本民法[Z].渠涛编译,北京:法律出版社,2006.

日民诉：日本《民事诉讼法》(1996 年)。译文参见：日本新民事诉讼法[Z].白绿铉译,北京:中国法制出版社,2000.

日民执：日本《民事执行法》(1979 年)。译文参见：日本新民事诉讼法[Z].白绿铉译,北京:中国法制出版社,2000.



厦门大学博硕士论文摘要库

## 目 录

引 言 .....	1
第一章 许可执行之诉的基础 .....	2
一、许可执行之诉的必要性 .....	2
(一)执行力的争议 .....	2
(二)我国解决争议的现状 .....	3
(三)几点检讨 .....	5
二、许可执行之诉的理论基础 .....	7
(一)民事诉讼的机理 .....	7
(二)判决效力的局限性 .....	8
(三)多种救济途径的取舍 .....	9
第二章 大陆法系的立法例 .....	11
一、德国的立法例 .....	11
(一)多元制的执行机关 .....	11
(二)执行条款制度 .....	13
(三)发给执行条款之诉 .....	14
二、日本国的立法例 .....	16
(一)二元制的执行机关 .....	16
(二)执行签证制度 .....	18
(三)执行签证付与之诉 .....	18
三、我国台湾地区的立法例 .....	19
(一)一元制的执行机关 .....	19
(二)许可执行之诉 .....	20
四、几点借鉴 .....	21
(一)正当程序救济 .....	21
(二)审执分立 .....	21

(三)区分程序救济与实体救济 .....	22
(四)方便执行 .....	22
<b>第三章 我国许可执行之诉的构想 .....</b>	<b>23</b>
<b>一、许可执行之诉的内涵 .....</b>	<b>23</b>
(一)概念的界定 .....	23
(二)与其他诉讼的辨析 .....	24
(三)诉讼标的之讨论 .....	26
<b>二、完善许可执行之诉的体系 .....</b>	<b>28</b>
(一)执行力的要件 .....	28
(二)执行力的限制 .....	32
(三)执行力的扩张 .....	34
<b>三、塑造许可执行之诉的程序 .....</b>	<b>42</b>
(一)审执分立与方便执行 .....	42
(二)管辖法院和承办机构 .....	42
(三)诉讼程序的特别规则 .....	44
<b>第四章 对变更和追加规定稿的商榷 .....</b>	<b>48</b>
一、关于法人或其他组织解散 .....	48
二、关于出资不实或者抽逃出资 .....	51
三、关于第三人无偿占有或接收财产 .....	53
四、关于新设立企业 .....	53
五、关于对配偶的执行 .....	55
六、关于判定次债务人 .....	58
<b>结 语 .....</b>	<b>61</b>
<b>参考文献 .....</b>	<b>63</b>
<b>后 记 .....</b>	<b>67</b>

## CONTENTS

<b>Introduction</b> .....	1
<b>Chapter 1 Basis of Litigation of Permission of Execution</b> .....	2
<b>Subchapter 1 Necessity of Litigation of Permission of Execution</b> .....	2
Section 1 Disputes on Execution Force .....	2
Section 2 Current Situation of China`s Settling the Disputes .....	3
Section 3 Several Criticisms.....	5
<b>Subchapter 2 Theoretic Basis of Litigation of Permission of Execution</b> .....	7
Section 1 Mechanism of Civil Procedure.....	7
Section 2 Limitation of Judgment Effect .....	8
Section 3 Choice of Several Relieves .....	9
<b>Chapter 2 Legislation Model of the Continental Law System</b> .....	11
<b>Subchapter 1 Legislation Model of German</b> .....	11
Section 1 Multiple Execution Organ .....	11
Section 2 System of Execution Clause .....	13
Section 3 Litigation of Issuing Execution Clause.....	14
<b>Subchapter 2 Legislation Model of Japan</b> .....	16
Section 1 Dualistic Execution Organ.....	16
Section 2 System of Execution Licence.....	18
Section 3 Litigation of Issuing Execution Licence .....	18
<b>Subchapter 3 Legislation Model of Taiwan Region of China</b> .....	19
Section 1 Unitary Execution Organ.....	19
Section 2 Litigation of Permission of Execution.....	20
<b>Subchapter 4 References</b> .....	21
Section 1 Relief of Due Procedure .....	21
Section 2 Separation between Trial and Execution .....	21
Section 3 Distinction between Procedural Relief and Substantive Relief .....	22
Section 4 Executing Conveniently .....	22
<b>Chapter 3 Suggestions of Litigation of Permission of Execution</b> <b>in Our Country</b> .....	23

<b>Subchapter 1</b>	<b>Connotation of Litigation of Permission of Execution</b>	23
Section 1	Defining the Concept	23
Section 2	Distinguishing from Other Litigations	24
Section 3	Discussion on Object of the Action	26
<b>Subchapter 2</b>	<b>System of Litigation of Permission of Execution</b>	28
Section 1	Essence of Execution Force	28
Section 2	Limitation of Execution Force	32
Section 3	Expansion of Execution Force	34
<b>Subchapter 3</b>	<b>Procedure of Litigation of Permission of Execution</b>	42
Section 1	Separation between Trial and Execution, and Executing Conveniently	42
Section 2	Jurisdictional Court and Undertaking Division	42
Section 3	Special Rules of the Lawsuit Procedure	44
<b>Chapter 4</b>	<b>Discussion on the Draft of the Judicial Interpretation about Alteration and Superaddition</b>	48
Subchapter 1	On the Disincorporating of Corporation or other organizations	48
Subchapter 2	On the Disloyal Financial Contribution or Fund Embezzlement	51
Subchapter 3	On the third party's possessing or accepting property without compensation	53
Subchapter 4	On the enterprise newly founded by the debtor	53
Subchapter 5	On the Execution of the Spouse	55
Subchapter 6	On the Judgment Hypo-debtor	58
<b>Conclusion</b>		61
<b>Bibliography</b>		63
<b>Postscript</b>		67

## 引言

法律的生命在于被国家强制力保证实施。从这个意义上说，强制执行法的地位，远远超越了部门法的范围，而事关一国法律整体的权威。长期以来，我国强制执行理论研究相对滞后，既未构建起强制执行的基础理论体系，更缺乏对强制执行制度全方位、深层次的思考，这在一定程度上纵容了“执行难”和“执行乱”现象的滋长。

强制执行依生效判决进行，但判决是否有执行力，对谁有执行力，于何种范围内有执行力，无疑是强制执行面临的首要问题。这样一个问题，笔者称之为“许可执行”。

当代中国社会正处于重大转型期，当事人的人格和财产状态处于不断变化之中。判决的固定性、片面性与社会生活的复杂性、多样性之间，产生极不和谐的冲突。执行难的诸多原因中，“被执行人难找”、“被执行财产难找”被归纳为重要方面。债权人历经艰难诉讼取得胜定判决，回到现实生活，却发现债务人已名存实亡、“人去楼空”，可谓比比皆是。这固然有的是因为债务人实际逃避或确无财产，但不乏是因为法律上的障碍，即明知他人应对判决负责，却难以变更执行；明知财产被隐匿或转移，却难以追回执行。

许可执行也是一把双刃剑。在减轻债权人讼累、方便执行的同时，倘若无限制地许可对他人执行，或者缺乏正当诉讼程序的保障，则容易产生执行乱的诟弊，沦为一种“合法”的非正义。

由是，笔者深感问题的重要性和紧迫性，有意结合实务，参酌大陆法系经典立法例，以争议诉讼化解决机制为中心，对构建我国的许可执行之诉作些粗浅的讨论，以期抛砖引玉。

## 第一章 许可执行之诉的基础

### 一、许可执行之诉的必要性

#### (一)执行力的争议

所谓执行力，即强制执行力，通常是指给付判决经确定生效，在债务人不为给付时，应债权人的申请，得由一定的国家机关，使用国家公权力，强制债务人给付的效力。生效判决，在形式上已取得确定力，即使判决上所载的请求权并不存在，当事人亦不得仅以判决错误为由，对抗国家机关的强制执行。除了判决，法院裁定、法院调解、公证债权文书、仲裁裁决等其他“执行名义”，<sup>①</sup>亦同。

但是，确定生效的给付判决，即使是公正无误，并非都具有执行力，也并非任何时候都有执行力，更并非“为”或“对”<sup>②</sup>所有的人都具有执行力。例如，判令债务人交付房屋，但哪一幢房屋不能明确；或者虽已明确，但房屋已被加盖楼层，或者已被第三人占有甚至取得所有等，这时判决能否强制执行，可能有所争执。又如，判令债务人在一定条件成就或一定期限届满时为给付，债务人对条件是否已成就或者期限是否届满，可能提出异议。再如，判决后，当事人可能已经死亡或被宣告失踪，或者作为当事人的法人可能已经分立、合并、被撤销、清算，或者被告可能为逃避执行，将诉讼标的物恶意交由他人占有。这时，判决上所载的债权人或债务人，在实际生活中可能已经不存在，或者需要其他人承受才更符合判决的本意。这些均可能涉及复杂的实体法律关系，当事人或者判决外第三人之间可能产生不可调和的争议。

总之，强制执行虽然是凭确定生效的判决进行，但由于判决本身并非都能具体而明确地表明当事人及其权利义务，更由于当事人的人格和财产状态都处于不断变化之中(这种变化，在正处于社会重大转型期的我国，显得尤为多样化和复杂化)，因此，在强制执行程序中，因判决的执行力问题而引发争议，是不可避

<sup>①</sup> 这是德国和台湾地区法律的称谓，日本称“债务名义”，我国民诉法称“执行依据”。本文采“执行名义”，如无特别说明，简称“判决”。

<sup>②</sup> “为”是指债权人的情形，“对”是指债务人的情形。

免的,某种意义上也是正常的,关键是看我国立法和司法,能否科学应对,及时解决。

## (二)我国解决此类争议的现状

判决执行力的争议,实务上表现为两个方面:一是执行案件应否立案;二是执行当事人应否变更或追加。我国解决争议的现状如何,笔者将就这两方面,分别从现行立法和司法实践上,加以分析。

### 1.关于立案审查

《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称民诉法)在执行程序编中,对执行案件的受理条件,根本未作规定。最高人民法院《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的意见》(以下简称民诉法意见),也只字不提。最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》(以下简称执行若干规定)虽然在第18条对受理条件作了规定。“(一)<sup>①</sup> 人民法院受理执行案件应当符合下列条件:(1)申请或移送执行的法律文书已经生效;(2)申请执行人是生效法律文书确定的权利人或其继承人、权利承受人;(3)申请执行人在法定期限内提出申请;(4)申请执行的法律文书有给付内容,且执行标的和被执行人明确;(5)义务人在生效法律文书确定的期限内未履行义务;(6)属于受申请执行的人民法院管辖。(二)人民法院对符合上述条件的申请,应当在七日内予以立案;不符合上述条件之一的,应当在七日内裁定不予受理。”但从执行力的要件上看,该条第(一)款仅有第(1)项规定了法律文书必须“已经生效”,第(2)项规定了“继承人、权利承受人”的情形,第(4)项规定了执行名义的“给付内容”以及“执行标的和被执行人明确”的情形。这些规定未能涵盖执行力的所有要件,更为重要的是,对判决上所载请求权附有条件、期限、担保或对待给付等这类实体争议性更大的情形,执行若干规定也未作规定。从救济程序上看,该条第(二)款规定了法院“对符合上述条件的申请,应当在七日内予以立案;不符合上述条件之一的,应当在七日内裁定不予受理”等语。结合适用民诉法 140(1)<sup>①</sup> <sup>②</sup> 和民诉法 140(2)的规定,申请执行人对不予受理裁定不服的,可以上诉。但被执行人如对受理决定不服的,执行若

<sup>①</sup> 我国法律和司法解释在“款”前并无编号,此处为笔者所加,下同。

<sup>②</sup> 文中载“民诉法 140(1)<sup>①</sup>”者,指该法第140第一款第一项,下同。



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库